

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10 Οκτωβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 07.08.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1209/07.08.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό .../2023, απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... .

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, κατά το μέρος που την αφορά.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια,**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 13.388,00 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της

Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπό ΑΔΑΜ ... , προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας €2.677.419,36, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 07.06.2023 υπό Α.Δ.Α.Μ.... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό, συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, προσωρινή ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ως άνω προσβαλλόμενης στρέφεται ο προσφεύγων για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή του.

4. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 26.07.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 07.08.2023 (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η 05.08.2023 ήταν Σάββατο και η 06.08.2023 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς ο προσφεύγων (2<sup>ος</sup> στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση.

7. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 08.08.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως την παρέμβασή της, στις 17.08.2023, μετ' εννόμου δε συμφέροντος, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

8.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, νομίμως και εμπροθέσμως, στις 14.08.2023, υπέβαλε τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή.

9. Επειδή, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, ο προσφεύγων υπέβαλε στις 16.08.2023 το υπόμνημά του, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο. Ο προσφεύγων υπέβαλε, στις 25.08.2023, υπόμνημα και επί της παρέμβασης, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου, δοθέντος ότι, σύμφωνα με το άρθρο 365 ... του ν. 4412/2016, *«Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη...το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής»*.

10.Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος, με το οποίο έγινε δεκτή στον διαγωνισμό η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος, προβάλλοντας, ότι αυτή δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου.

11. Επειδή στην διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα Αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζονται, σχετικά με τα

τιθέμενα ζητήματα της προσφυγής, τα εξής: «Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας...Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. ... Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις». 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.: • είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει, μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα ΙΙ του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) • είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή των παρακάτω αποδεικτικών στοιχείων: δημοσιευμένες νέες οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα προαναφερθέντα, μπορεί να προσκομίσει οικονομικές καταστάσεις ή

*αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, που συνοδεύονται από έκθεση ανεξάρτητου ορκωτού ελεγκτή /λογιστή και κατάσταση παγίων στοιχείων...Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: • με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύ, συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τα έργα που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου ή • με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις. ...».*

12.Επειδή, από τις προαναφερθείσες διατάξεις της διακήρυξης, προκύπτει, ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού, δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν ν' αναγράψουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), και δη στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις».

13.Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, από τον ηλεκτρονικό φάκελλο του διαγωνισμού, προκύπτουν τα εξής: Η παρεμβαίνουσα, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της (στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β, σελ. 21), στο ερώτημα σχετικά με την πλήρωση των λοιπών οικονομικών ή χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, δήλωσε ότι: «*Σχετικά με το ανεκτέλεστο, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι δεν έχει υπερβεί το νόμιμο όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου*

εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο Άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 όπως ισχύει.». Εν όψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, και ιδίως της ρητής απαίτησης της διακήρυξης να αναγράφεται στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ το τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων, και όχι απλώς να δηλώνεται, ότι η επιχείρηση δεν υπερβαίνει το νόμιμο όριο, το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, με το ανωτέρω περιεχόμενο, δεν είναι σύμφωνο με την διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας Αρχής και της παρεμβαίνουσας. Τούτο, διότι το σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ (περί ανεκτέλεστου) στο ως άνω πεδίο «Μέρος IV - Ενότητα Β», στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, μπορούσε ν' απαντηθεί από τους οικονομικούς φορείς είτε με αναφορά για το ανεκτέλεστο και κατ' ακολουθία δια παραπομπής στην ενημερότητα πτυχίου είτε με ειδική μνεία (αναγραφή) του ποσού του ανεκτέλεστου. Αντιθέτως, η παράλειψη απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, διότι ο οικονομικός φορέας παραλείπει να δηλώσει, αν πληροί ένα εκ των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, και δεν δύναται η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ίδιου κεφαλαίου του ΕΕΕΣ. (ΣΤΕ 505/2021, σκ.11). Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας παρ' ότι αυτή παρέλειψε, όπως προαναφέρθηκε, ν' αναφέρει στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προσφορά δεν πληρούσε τον όρο του άρθρου 23.1. της οικείας διακήρυξης (Δ.Εφ. Κομοτηνής 44/2023 ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023). Περαιτέρω, οι ειδικότεροι επικουρικοί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι δεν έπρεπε να συμπεριλάβει, στο ΕΕΕΣ της, μηδενική δήλωση ως προς το ανεκτέλεστο, καθώς είναι νεοσύστατη εταιρεία και ως εκ τούτου δεν εκτέλεσε και δεν θα μπορούσε να έχει εκτελέσει το παραμικρό έργο, ώστε να εμφανίζει ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι και ως μη ερειδόμενοι στην διακήρυξη. Τούτο, διότι, ακόμη και το μηδενικό ποσοστό αποτελεί απαραίτητο προς δήλωση στοιχείο και άρα πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ο όρος 23.1 της

διακήρυξης δεν εξαιρεί το μηδενικό ποσοστό του ανεκτέλεστου από την υποχρέωση δήλωσης αυτού (ήτοι του μηδενικού ποσοστού). Τέλος, απορριπτέοι τυγχάνουν και οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι η ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς της είναι ιάσιμη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την έννοια των οικείων διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν. 4782/2022 (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων δικαιολογητικών και πληροφοριών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων. Δεν μπορεί, δηλαδή, να θεραπεύεται, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας Αρχής κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, η παράλειψη υποβολής ρητώς απαιτούμενων από την διακήρυξη εγγράφων, δεδομένου ότι η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρώς τα κριτήρια, που η ίδια έχει καθορίσει (ΕΑΔΗΣΥ 858/2023 σκ. 15, ΣΤΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.). Εν όψει όλων των ανωτέρω, ο μοναδικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1546 /2023

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 30 Οκτωβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**